

el método de la inyección letal en sustitución de otros métodos, particularmente de la silla eléctrica, aunque, dice, la intención no es otra que procurar que la pena de muerte sea más presentable y menos horrorosa ante la opinión pública, pero no tanto ahorrar el sufrimiento del condenado en su tránsito de la vida a la muerte.

El libro termina con dos artículos sobre la pena de muerte en contexto; uno de Wagner-Pacifici sobre las relaciones entre pena de muerte y tortura, cuya estrecha vinculación ha vuelto a aparecer con el debate sobre las denuncias de las torturas y malos tratos a los que son sometidos los detenidos de la Guerra de Afganistán en las prisiones americanas de Abu Chraig y Guantánamo; y otro de Fitzpatrick que entiende el debate sobre el abolicionismo como un debate típico de una moderna política, en el que se abren diversas alternativas, lo que no quiere decir que sean siempre unas alternativas mejores o más humanas, y ahí está como ejemplo la pena de prisión perpetua, que si se aplica como su propio nombre indica, es decir, hasta que el condenado muera, puede ser una pena tan inhumana y cruel casi como la pena de muerte misma.

En definitiva, este libro colectivo, más allá de su referencia específica a la problemática abolicionista en los Estados Unidos de América, es una reflexión muy útil para, como su propio título indica, abrir una «camino hacia la abolición», que es todavía claramente a nivel mundial, y no sólo en los estados Unidos de América, un largo camino de final incierto.

**3. STREIB, Victor, *Death penalty (Pena de Muerte)*, 3ª. Edición, editorial Thomson/West, S.Paul, 2008, 319 págs.**

Dentro de la colección «In a Nutshell» (lit. «en una cáscara de nuez») que edita la editorial Thomson juntamente con la West's Law School, en la que en breves manuales se ofrece una exposición resumida de las instituciones jurídicas más importantes, destaca este libro sobre la pena de muerte escrito por el Profesor de derecho de la Universidad Ohio Northern, Victor Streib. A diferencia de los anteriormente comentados, se trata de una especie de Manual bastante completo y bien informado sobre la regulación jurídica vigente en los Estados Unidos de América de la pena de muerte. Dividido en cinco partes, en él se tratan tanto los aspectos históricos, doctrinales constitucionales y sustantivos, como los procesales que plantea la aplicación de esta pena, así como las particularidades de su ejecución y métodos empleados, recursos y otras cuestiones especiales como la defensa, los prejuicios raciales y de

género, el problema del error judicial y una breve reseña del Derecho comparado. Todo ello precedido de un Prólogo y un post escrito sobre el futuro de la pena de muerte.

El libro se acompaña de un completo índice de referencias jurisprudenciales de los casos en los que la Corte Suprema americana se ha tenido que ocupar de este tema, lo que en es especialmente importante para la comprensión del sistema penal americano, y de un exhaustivo índice de materias. En él se expone con gran claridad la regulación vigente en Estados Unidos, lo que por encima del debate doctrinal y político a favor y en contra del abolicionismo, siempre es bueno conocer para saber que en ese país la pena de muerte no es una cuestión puramente doctrinal, sino una amarga realidad, que como cualquier otra pena, tiene una regulación jurídica, que cualquier jurista dicho país que interviene en un proceso penal en el que se plantee la aplicación de esta pena debe conocer en todas sus particularidades. Es aquí donde se ve con toda claridad la monstruosidad de un derecho que regula con todo detalle todos los aspectos ante relacionados con la imposición de una pena que consiste pura y simplemente en privar de la vida a un ser humano, a través de un procedimiento bastante complicado y difícil de entender incluso para los mejores conocedores de la materia.

En relación con los delitos en los que puede imponerse («Capital crimes») sorprende que en muchos Estados todavía se aplique a otros delitos distintos al asesinato u homicidio en primer grado, como, por ejemplo, al homicidio con motivo u ocasión de un robo, o de una violación, aunque el homicidio sea puramente accidental, recurriendo para ello a la construcción característica del Common Law del «felony murder», muy parecida a la medieval europea del «versari in re illicita», en la que basta que el homicidio se derive o se produzca durante la ejecución de otro delito grave («felony»), para que se impute como asesinato y, en consecuencia, se aplique la pena de muerte. Interesante es sobre todo el caso *Coker v. Georgia*, en el que la Corte Suprema decidió en 1977 que la aplicación de la pena de muerte por un delito de violación de una mujer adulta era una pena desproporcionada que infringía la 8ª. Enmienda de la Constitución USA., criterio que se mantuvo también en el caso *Kennedy v. Louisiana* (2008), en el que igualmente se consideró desproporcionada la pena de muerte para la violación de un menor.

A nivel federal, la pena de muerte se aplica, también en los Estados en los que se ha abolido, en casos de traición y espionaje (como fue el caso de los esposos Rosenberg, acusados en los años cuarenta de

haber dado los secretos de la bomba atómica a la entonces Unión Soviética), cuando la víctima del delito sea un funcionario federal, se trate de un genocidio, de un delito cuya comisión afecte a varios Estados, o en su comisión se hayan empleado explosivos o armas químicas, aunque sólo se ha ejecutado tres veces en los últimos cuarenta años. También es aplicable en algunos delitos militares juzgados por una Corte militar.

Un decisión importante de la Cortfue la *Furman v. Georgia* (1972), en la que con una amplia fundamentación de diversos Jueces (la más larga de la historia judicial americana, 233 págs.), se decidió que la pena de muerte podía violar la 8. Enmienda de la Constitución que prohíbe los castigos crueles e inusuales, lo que provocó la inmediata suspensión de la ejecución de la pena de muerte en muchos Estados. Pero este criterio fue pronto modificado en otras sentencias a partir de 1976 (*Gregg v. Georgia*), que si bien restringen los casos en los que la pena de muerte puede ser aplicada, no la consideran plenamente inconstitucional. A pesar de estas contradictorias sentencias, algunas de ellas han marcado un importante avance en el camino hacia la abolición, como la *Roper v. Tommsons* (2005), en la que se decidió que, cualquiera que fuese el delito, la pena de muerte no podía aplicarse a quienes lo hubieran cometido siendo menores de 18 años; o la *Atkins v. Virginia* (2002) en la que se prohíbe aplicarla a retrasados mentales. Pero si se tienen en cuenta que estas decisiones no fueron adoptadas por unanimidad, se puede constatar la resistencia que aún hay en la más alta instancia judicial americana a una declaración de inconstitucionalidad total de la pena de muerte.

En la parte sustantiva de este libro se exponen también las circunstancias agravantes que suelen plantearse en los casos en los que se solicita la pena de muerte (como que el acusado haya actuado por precio o recompensa económica, pero también los antecedentes por delitos violentos del acusado o que el asesinato tenga relación con otro delito grave, como robo o violación, la premeditación, el uso de explosivos, el que la víctima sea policía o autoridad, etc); las circunstancias atenuantes (juventud, disturbio emocional, miedo, capacidad mental disminuida, ausencia de intención directa) y las eximentes (entre las que se cuenta sobre todo el retraso y la enfermedad mental, que aún se determina en muchos Estados conforme a las reglas decimonónicas de Mc.Nagthen).

En la Parte III se exponen las cuestiones procesales, sobre todo las que plantean la selección del Jurado, tarea de gran importancia dado que de la decisión de sus 12 miembros, ciudadanos de a pié elegidos entre los

centenares que existen las listas electorales del distrito correspondiente, depende que se condene a muerte al acusado. La selección de un jurado imparcial, desprovisto de prejuicios respecto al delito, sus protagonistas y a la pena de muerte misma, constituye, por tanto, una tarea fundamental tanto para el Fiscal, como para el abogado defensor, que obviamente procuran, a través de un complicado sistema de recusaciones, elegir a los miembros del jurado que consideren más proclives a las tesis que van a mantener en el juicio. Y aunque hay reglas más o menos estrictas, establecidas sobre todo en el caso *Whitersnoon v. Illinois* (1968), la impresión que da es que en esta fase hay un gran espacio para la arbitrariedad, tanto en la selección de los miembros, como en la alegación de los motivos para su elección o recusación.

Una parte importante del libro se dedica a la exposición del papel que juegan las partes (fiscal y abogado defensor) en la presentación y práctica de las pruebas, y el del Juez en la admisión o rechazo de las mismas y sobre todo en las instrucciones que debe dar al Jurado antes de que este se retire a deliberar. Una particularidad importante es la función que incumbe al Jurado, una vez que declare culpable al acusado, en la determinación de si finalmente impone la pena de muerte. Para ello debe tener en cuenta en una ulterior fase llamada «sentencing» una serie de factores como el «victim impact statement» (VIS), es decir, el impacto emocional que provocó el delito en los familiares de la víctima, cuya constitucionalidad ha sido puesta en duda en los casos de pena de muerte (véase, por ejemplo, *Payne v. Tennessee*, 1991). También la defensa puede presentar argumentos a favor del condenado (su juventud, que fue víctima en su niñez de malos tratos o de abusos. A la vista de estos alegatos finales, el Jurado decide si procede la aplicación de la pena de muerte, o, en su caso, la de una pena de prisión, generalmente a perpetuidad.

Con esto no se consumado más que una parte de todo el proceso que puede lleva finalmente a la ejecución efectiva de la pena de muerte a través de los distintos métodos existentes en cada Estado. A partir de la condena el condenado puede entablar una serie de recursos de apelación, primero ante los Tribunales superiores de los Estados, pero también ante el Tribunal Supremo en el caso que se considere se ha violado algún derecho fundamental reconocido en la Constitución, lo que puede dilatar su ejecución durante un buen número de años, que pueden llegar a ser 10 o más años. En el libro de Streib se exponen con todo detalle todos estos procedimientos, los tribunales

competentes para resolver los recursos y los problemas que se plantean en los mismos. El sistema se culmina con la posibilidad última de la clemencia, por la vía de un indulto. Según Streib unas dos terceras partes de los recursos suelen ser atendidos y las penas de muerte conmutadas por penas de prisión. Pero todavía queda un tercio de las condenas, que sólo pueden ser anuladas por la vía del indulto que corresponde al Gobernador del Estado donde se impuso la condena si se trata de una pena de muerte impuesta por un Tribunal estatal, o al Presidente de los Estados Unidos si se trata de una pena de muerte impuesta por un Tribunal federal. Según Streib, en el 2007 había en los «corredores de la muerte» de las prisiones americanas de los 35 estados que todavía tienen la pena de muerte en su sistema penal, además de en las prisiones federales, un total de 3.309 condenados, cifra sólo superada por la República Popular China, lo que da una imagen de la frecuencia con la que se aplica esta pena en los Estados Unidos, y la dramática realidad de la misma en los dos países más poderosos del mundo.

Una vez superados todos estos trámites, la pena de muerte termina ejecutándose, salvo que, como se dispuso en el caso *Ford v. Wainwright* (1986) el condenado haya caído mientras tanto en enajenación mental. En el libro se exponen los diversos métodos empleados en cada Estado para su ejecución, que han pasado de la horca a la más común de la silla eléctrica, considerada inconstitucional en algún Estado, el fusilamiento, la cámara de gas y la inyección letal. Esta última ha dado lugar a alguna cuestión de inconstitucionalidad en relación con la sustancia empleada. Aunque la ejecución hace tiempo que ha dejado de ser pública, a la misma pueden asistir gran número de personas, especialmente los familiares de las víctimas, y periodistas que no pueden utilizar cámaras, ni hacer fotos, pero sí, como es lógico, escribir reportajes de la ejecución. En el libro de Streib no se ahorran detalles de toda esta parafernalia (p. 220 a 227), que recuerda los tiempos de la Inquisición y parece inconcebible en un moderno Estado democrático.

En la parte V se exponen algunas cuestiones especiales verdaderamente interesantes y que sirven una vez más para cuestionar la pena de muerte tal como se aplica en Estados Unidos. Una de ellas es el papel que juega el abogado defensor en este tipo de procesos, cuando por su escasa preparación o la falta de medios, no puede hacer una buena defensa de su cliente, o éste no puede permitirse pagar un buen abogado en el juicio, o posteriormente pagar los enormes gastos que conlleva toda la serie de recursos que permiten retrasar

la ejecución o incluso anularla. En algunas decisiones de la Corte Suprema se ha tenido en cuenta esta circunstancia para anular alguna condena, cuando el acusado no ha tenido la adecuada defensa que le garantiza la 5. Enmienda de la Constitución. También se ocupa de otras cuestiones especiales relacionadas con los casos en los que las condenas a muerte han estado motivadas por prejuicios raciales (tan frecuentes en los Estados sureños en relación con la población negra) lo que, sin embargo, no ha motivado ninguna anulación en base a este motivo por la Corte Suprema (véase, por ej., el caso *Mac.Clesky v. Kemp*. 1987); o por prejuicios de género, ya que es evidente que es más frecuente la imposición de la pena de muerte cuando el acusado es hombre que cuando es mujer; o cuando el acusado es homosexual o extranjero.

Otro capítulo de este interesante libro se dedica a la ejecución del inocente, es decir al error judicial en la imposición de la pena de muerte, que cada vez aparecen con más frecuencia, sobre todo desde que se aplican test de ADN: Este es precisamente uno de los argumentos que se esgrimen en contra de la misma. El libro termina con una serie de reflexiones sobre el Derecho comparado y la compatibilidad del sistema americano con los Tratados Internacionales, y con una reflexión final sobre el futuro de la pena de muerte en los Estados Unidos, en la que el autor expresa su deseo de que este país pueda pronto llegar a ser miembro de una Comunidad internacional comprometida con los derechos humanos y, por tanto, termine aboliendo definitivamente la pena de muerte del catálogo de penas de su Ordenamiento jurídico.

## II. HISTORIA MODERNA Y CONTEMPORÁNEA DEL DERECHO PENAL.

### A) La memoria histórica y la transición española

En los últimos años el interés por la Historia del siglo XX ha crecido en casi todos los ámbitos sociales europeos, quizás porque fue un siglo bastante convulso, en el que además de dos Guerras mundiales, pero originadas y desarrolladas principalmente en Europa, hubo otras civiles y un sinfín de regímenes dictatoriales de diverso signo ideológico, pero igualmente brutales, crueles y despiadados que se prolongaron durante casi medio siglo asolando buena parte del continente europeo. En realidad, se puede decir que ese interés más que por la Historia es por conocer lo que ha sucedido en el inmediato pasado, bien porque todavía viven los que los presenciaron, protagonizaron o padecieron, bien porque sus efectos aún perduran en nuestros días. Si